

Ursprung und Funktion der actio Publiciana

I.

1. Die Entstehung der *actio Publiciana* (im nachfolgenden: *Publiciana*), dieser so oft behandelten und so heftig umstrittenen¹ Klage ist in Dunkel gehüllt. Es ist erst anhand der justinianischen Institutionen bekannt, daß sie zuerst von einem Prätor namens Publicius in einem Edikt angekündigt wurde, von dem sie sodann ihren Namen bekam.² Die Entstehungszeit des Ediktes kann aber nicht einmal ungefähr bestimmt werden. Auch in den Jahreslisten der republikanischen Magistrate kommt der Name Publicius mehrmals vor³;

¹ Aus der älteren Literatur s. insbes.: Gimmerthal, Die publicianische Klage und die Mancipation, 3. A. (1889); Huschke, Das Recht der Publicianischen Klage (1874); Carusi, L'azione publiciana in diritto romano (1889); Appleton, Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne, I—II (1889); Bonfante, L'editto publiciano, in: *Scritti giuridici vari* II (1926) S. 389—438, mit weiteren Hinweisen. Neuere Literatur: De Sarlo, La definizione dell'actio Publiciana, nel diritto dei classici, *St. Solazzi* (1948) S. 203—218; De Visscher, „Auctoritas“ et „mancipium“, *SDHI* 22 (1956) S. 87—112; De Visscher, Individualismo ed evoluzione della proprietà nella Roma repubblicana, *SDHI* 23 (1957) S. 26—42; De Visscher, De la défense d'usucaper les choses volées, *RIDA* 5 (1958) S. 469—491; Gallo, Studi sulla distinzione fra res Mancipi e res nec Mancipi (1958); Wubbe, Res aliena pignori data (1960), *Summarium in deutscher Sprache*: S. 266—275; Wubbe, Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne, *RIDA* 8 (1961) S. 417—440; L. Lombardi, Dalla „fides“ alla „bona fides“ (1961) S. 237ff.; Sturm, Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana, *RIDA* 9 (1962) S. 357—416; Wubbe, Le possesseur de bonne foi vu par les juristes romains et modernes (1963); Wubbe, Der gutgläubige Besitzer, Mensch oder Begriff?, *SZ* 80 (1963) S. 175—205; Feenstra, Action publicienne et preuve de la propriété, principalement d'après quelques romaniens du moyen âge, *Mélanges Meylan* I (1963) S. 91—110 = *Fata iuris Romani* (1974) S. 119—138; Kiefner, Klassizität der „probatio diabolica“? *SZ* 81 (1964) S. 212—232; Watson, The Law of Property in the Later Roman Republic (1968) S. 154ff.; Diódsi, Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law (1970) S. 154ff.; Pugsley, The Roman Law of Property and Obligations (1972) S. 51ff. (für mich nicht zugänglich); Thür, Iustinians Publiciana und directa „in rem“, *SZ* 89 (1972) S. 362—375; Wacke, Zur Aktiv- und Passivlegitimation des gutgläubigen Sklavenbesitzers, *Festschrift Seidl* (1975) S. 179—219; Apathy, Die publicianische Klage, Das relative dingliche Recht des rechtmässigen Besitzers (1981) S. 14—22; Apathy, Die actio Publiciana beim Doppelkauf vom Nichteigentümer *SZ* 99 (1982) S. 158—186; Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzes durch die actio Publiciana?, *Studi Sanfilippo* I (1982) S. 20—37.

² Inst. 4.6.4 in fine: *quae actio publicana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est.*

³ Siehe T. R. S. Broughton: *The Magistrates of the Roman Republic*, II (1952) S. 143; weiterhin *PWRE* XXIII, 2 (1959) s. v. *Publicius*, Sp. 1897.

von diesen sind jedoch diejenigen außer acht zu lassen, die vor der Zeit der *lex Aebutia* tätig waren, da die *formula petitoria* der Eigentumsklage — deren Nachbildung die *actio Publiciana* ist — offensichtlich erst nach Schaffung dieses Gesetzes in das Edikt aufgenommen wurde. Leider ist auch die *lex Aebutia* als ein sehr ungewisser „terminus post quem“ anzusehen, zumal auch ihre Entstehungszeit sehr umstritten ist.⁴

Angesichts der Tatsache, daß sich auch später keine Neuerung in der Rechtsgestaltung finden läßt, die zweifellos als „terminus ante quem“ dienen könnte, wird von den Autoren zumeist — wenn auch mit Vorbehalt — der in zeitlicher Reihenfolge letzte Publicius, einer der Prätores des Jahres 686 (68 v. u. Z.),⁵ der von Cicero erwähnte⁶ Quintus Publicius als Verfasser des Ediktes⁷ betrachtet. Diese Annahme erscheint jedoch problematisch, zumal Publicius von Cicero nur an zweiter Stelle erwähnt wird, was darauf hindeutet, daß dieser nur das Amt des *praetor peregrinus* bekleiden konnte.⁸ Einige Autoren halten es dennoch nicht für ausgeschlossen, daß diese Klage von dem Fremdenprätor angeregt wurde, dem ansonsten in Rechtsstreitigkeiten zwischen den Bürgern keine Jurisdiktion zustand;⁹ dieser Auffassung scheint die Überlegung zu widersprechen, daß in der Formel der *actio Publiciana* die Fiktion einer urwüchsig zivilen Rechtseinrichtung, die Usukapion, angewandt wird.¹⁰

2. Unter solchen Umständen ist es durchaus verständlich, daß mehrere Verfasser die Versuche zur Datierung des publicianischen Ediktes für völlig aussichtslos halten.¹¹ Von der gleichen Überlegung gehen im Grunde auch die Autoren aus, die die Einführung der Klage ohne nähere Angabe der Entstehungszeit in das 1—3. Jahrhundert v. u. Z. legen, also in jenes Zeitalter,

⁴ Die Entstehung der *lex Aebutia* (de formulis) legte die frühere Literatur zum größten Teil in den Zeitraum von 149—125 v. u. Z., so vor allem Girard, La date de la loi Aebutia, SZ 14 (1893) S. 11ff.; Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia, SZ 29 (1902) S. 138ff.; s. ferner G. Rotondi, Leges publicae populi Romani² (1962) S. 304f. Nach Kaser soll die *lex Aebutia* die *agere per formulas* neben die *condictio*, also gerade neben die sich am spätesten herausgebildete Legisaktion, eingeführt haben, deshalb neigt er zur Auffassung, daß das Gesetz nicht viel später als die *lex Silia* und *Calpurnia*, also in der ersten Hälfte des 2. Jahrhunderts v. u. Z. entstanden ist; s. Kaser, Die *lex Aebutia*, Studi Albertario I (1953) S. 29ff. Aufgrund der Überlegungen zur *Publiciana* halte auch ich diese Entstehungszeit für wahrscheinlich.

⁵ S. F. Münzer, PWRE XXIII, 2 (1959) Sp. 1897, s. v. Q. Publicius 13; Broughton, The Magistrates II (1952) S. 143, (mit Anm. 3), datiert das Amtsjahr auf 687 a. U. c. (= 67 v. u. Z.).

⁶ Cicero, pro Cluentio, 45, 126: „quum defendissem apud M. Junium, Q. Publicium praetores...“

⁷ Z. B. Kaser, Das römische Privatrecht I² (1971) S. 438, Anm. 2; F. Gallo, Actio Publiciana (in rem), NNDI, I. 1 (1957) S. 267, (S. 268, Anm. 5).

⁸ Vgl. Festus, verb. sign.: Maiorem consulem... Praetorem autem maiorem urbanum, minores ceteros.

⁹ Z. B. Gimmerthal, Publicianische Klage, S. 62; L. Lombardi, Dalla „fides“ alla „bona fides“ (1961) S. 243; dies wird zumindest als Möglichkeit bei Sturm erwogen, RIDA³ 9 (1962) S. 358, Anm. 2.

¹⁰ Auf diesen m. E. entscheidenden Umstand haben mehrere verwiesen, so Huschke, Publicianische Klage, S. 117; Appleton, Histoire I (1889) S. 32; Carusi, L'azione Publiciana (1889) S. 83f.

¹¹ S. Bonfante, Corso II, La proprietà 2² (1968) S. 440; Kaser, Eigentum und Besitz² (1956) S. 298ff.; ders., RPR I² (1971) S. 438; Volterra, Istituzioni (1972) S. 381; Wubbe, Res aliena pignori data (1960) S. 213ff.; ders., RIDA 8. (1961) S. 437; Sturm, RIDA 9 (1962) S. 359, Anm. 2.

in der sich eine wirtschaftliche Revolution vollzogen hat, durch die die Naturalwirtschaft in ihren Grundlagen erschüttert wurde, und die eine massenhafte Verbreitung des Warenaustausches sowie — als Ausdruck der aus ihm erwachsenen Bedürfnisse — das Erscheinen des Warenverkehrsrechtes zur Folge hatte. Da aber diese Autoren den grundlegenden Zweck der Einführung der *Publiciana* oder zumindest eines ihrer Zwecke in dem Rechtsschutz der *res Mancipi* formlos erwerbenden erblicken, ist ihre Folgerung nicht unlogisch, wenn sie den Erlass des Ediktes in eine Epoche verlegen, in der für die Interessen des Warenverkehrs die formellen Vorschriften der Eigentumsübertragung gewiß immer unerträglicher wurden.¹²

3. In der neueren Forschung wird die Entstehung des Ediktes im republikanischen Zeitalter allein von Watson¹³ bestritten. Mit einer vorsichtigen Hypothese versucht er wahrscheinlich zu machen, daß einer der Verfasser des Ediktes vielleicht Publicius Certus, der Prätor des Jahres 93 n. u. Z., war. Seine Auffassung gründet er in erster Linie nicht auf positive Argumente, vielmehr auf die Ungewißheit der durch die *communis opinio* berufenen Quellen, andererseits auf die Tatsache, daß die *Publiciana* zuerst bei Neratius¹⁴ aufkommt. Es wäre nämlich nach Watson merkwürdig, wenn die Juristen einer so wichtigen Klage ein und ein halbes Jahrhundert hindurch keine Aufmerksamkeit geschenkt hätten.¹⁵

Watson geht jedoch in seinen Folgerungen, die er aus dem Mangel der *expressis verbis* Erwähnung des Ediktes zieht, zu weit. In Wirklichkeit hat man auch hier mit der wohlbekannten Erscheinung zu tun, daß von den Kompilatoren die Schriften der Hoch- und Spätclassiker vor denen der Frühclassiker bevorzugt wurden. Es besteht also kein Grund dafür, daß man den republikanischen Ursprung in Frage stellt; hält man die grundlegende Funktion dieser Klage vor Augen, so ist es sogar angebracht, ihre Entstehung in eine frühere Zeit als allgemein angenommen, und zwar in die erste Hälfte des 2. Jahrhunderts zu legen.¹⁶

II.

1. Der von Publicius verfaßte, authentische Text des Ediktes sowie der der entsprechenden Klageformel ist nicht direkt erhalten geblieben. In der klassischen Rechtsliteratur, vor allem bei Gaius und in den Ediktskommenta-

¹² So z. B. Appleton, *Histoire* I (1889) S. 33f.; Diódsi, *Ownership*, S. 155, 164ff.

¹³ Watson, *The Law of Property in the Later Roman Republic* (1968) S. 104—107 = *Some Remarks on the Dating of the „actio Publiciana“*, in: *Homenaje Sánchez del Río* (Zaragoza 1967) S. 193—196.

¹⁴ Das Erscheinen der *Publiciana* wird in der Rechtsliteratur von anderen auf einen früheren Zeitpunkt datiert. Aus dem Umstand, daß ein die Klage behandelnder Pomponius-Text (D. 6.2.15) aus dem Sabinus-Kommentar dieses Juristen stammt, folgert Bonfante darauf, daß die *Publiciana* bereits im ersten Jahrhundert des Prinzipates mit Gewißheit bestanden hat, s. Bonfante, *Corso* II. 2 (1968) S. 440. Lombardi sieht in der Aussage des *Fragn. Vat. 1*, daß bereits die *veteres* zur Frage der *bonae fidei emptio* Stellung genommen haben, einen Beweis für das Bestehen der Klage im republikanischen Zeitalter, s. Lombardi, *Dalla fides*, S. 244.

¹⁵ Watson, *Law of Property* S. 107, aber da er sein Bestehen im republikanischen Zeitalter nicht für sicher hält, sieht er in seinem Buch von ihrer weiteren Erörterung ab.

¹⁶ S. nachstehend in Punkt V. 3.

ren, finden sich aber häufig Berufungen auf die Publiciana. Anhand dieser Quellen bietet sich Möglichkeit vor allem zur Feststellung des Edikt- und Klageschrifttextes aus klassischer Zeit, gegebenenfalls kann man aber aus ihnen vorausgesetzt natürlich, daß sich diese Texte im Laufe der Zeit überhaupt verändert haben, auch auf ihre von Publicius gegebene, ursprüngliche Form schließen.

Zur Rekonstruktion des Textes bieten vor allem die folgenden Quellenstellen einen Anhaltspunkt:

Gai. 4,36: ... *datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit. Nam quia potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usu cepisse et ita, quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit, veluti hoc modo: IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM A. A. EMIT (ET) IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EIUS EX IURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET...*

Ulp. D. 6,2,1 pr.: *Ait praetor: „Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet iudicium dabo.“*

Ulp. D. 6,2,7,11: *Praetor ait: „qui bona fide emit“. Non igitur omnis emptio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet.*

Bereits beim ersten Anblick werden die Unterschiede und Widersprüche zwischen den Texten erkennbar. Bei Gaius wird sowohl das Edikt als auch die Formel dargestellt, bei Ulpian nur das erstere. Der Text des Ediktes bei den beiden Juristen ist insoweit abweichend, als bei Ulpian einerseits der Ausdruck (lex 1 pr) *a non domino*, andererseits (lex 7,11) *bona fide* gebraucht wird, bei Gaius dagegen keiner dieser Ausdrücke vorkommt. Der andere Unterschied zeigt sich zwischen dem Text des Edikts und der Klageformel. Im ersteren findet sich nämlich sowohl bei Gaius als auch bei Ulpian (lex 1 pr) eine generelle Bezugnahme auf die Erwerbstitel, während der Formeltext bei Gaius lediglich den Kauf erwähnt. Noch mehr verwickelt wird die Frage dadurch, daß in der lex 7,11 auch der den Prätor zitierende Ulpian von gutgläubigem Kauf spricht.

Die dargestellte Beschaffenheit der Quellentexte macht einigermaßen die resignierte Feststellung Lenels verständlich: „Wer über die Publiciana schreibt, ist auf Conjekturen angewiesen und kann nicht erwarten, andere zu überzeugen“.¹⁷ Die Lehrgeschichte der Problematik dieser Klage scheint diese Worte ganz zu bestätigen. Bei den Versuchen, den Text des Ediktes zu rekonstruieren, bildeten sich bislang drei Hauptrichtungen heraus, je nachdem, welcher der angeführten Texte zugrunde gelegt wird; die Meinungen gehen aber oft auch innerhalb dieser Richtungen auseinander. Anhand der lex 7,11 sind einige Autoren der Ansicht, im Edikt sei ursprünglich vom gutgläubigen Kauf die Rede gewesen, der aber später mit dem Ausdruck *ex iusta causa* ersetzt worden sei.¹⁸ Andere vertreten die kompromißlerische Ansicht, daß

¹⁷ Lenel, Nachträge zum Edictum Perpetuum, SZ 20 (1899) S. 31; mit ähnlicher Skepsis äußert sich auch Pacchioni, s. Una nuova ricostruzione dell'editto publiciano, BIDR 9 (1896) S. 118.

¹⁸ Puntschart, Civilrecht der Römer, S. 353f.; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II (1901) S. 1211; Nach Perozzi und Pacchioni erweiterte die Rechtswissenschaft die Geltung des Ediktes auf die anderen Erwerbstitel. Perozzi ist der Ansicht, daß Gaius nicht den Standpunkt des Ediktes, sondern der Rechtswissenschaft zurückgibt, und der Text des Ediktes erst von Justinian verändert wurde, s. L'editto publiciano, BIDR 7 (1894) S. 45f. Nach Pacchioni dagegen hat die Verallgemeinerung Julian vorgenommen, deshalb zitiert z. B. Neratius in D. 6,2,17 (*qui*

im Text des Ediktes die *iusta causa* und die *emptio bonae fidei* zusammen vorhanden waren.¹⁹ Schließlich gibt es Autoren, die der Nachbildung des Textes die *lex 1 pr* zugrunde legen, doch mit sehr verschiedenen und wesentlichen Veränderungen.²⁰

2. Aus dem Gesagten geht hervor, daß die Bemühungen der textkritischen Literatur zur Rekonstruktion des authentischen, ursprünglichen Textes erfolglos geblieben sind. Es wurde aber erkannt, daß eine Klärung des Ursprungs und der Funktion der publicianischen Klage nur dann zu erhoffen ist, wenn diese in größere Zusammenhänge eingebettet, in Verbindung mit den Mitteln des Eigentumsschutzes, untersucht werden.

Der Kern der Bestimmungen des Ediktes ist immerhin klar. Den im Ulpian-Text vorkommenden Ausdruck „*non a domino*“ halten die Forscher — unabhängig davon, auf welchem Standpunkt sie stehen — fast ausnahmslos für eine nicht ausreichend durchdachte Interpolation.²¹ Nach dem gegenwärtigen Wortlaut der *lex 1 pr*. müßte nämlich der Kläger, um zu erreichen, daß ihm die Klageformel überhaupt ausgestellt wird, gleichzeitig zwei einander ausschließende Tatsachen behaupten: zum ersten, daß er in Ersitzungsposition war, was die *bona fides* voraussetzt; andererseits, daß er die Sache von einem Nichteigentümer erworben hat. Es liegt auf der Hand, daß man diesen beiden Voraussetzungen nicht entsprechen kann. Wer nämlich aussagt, die Sache *non a domino* erworben zu haben, kann sich selbst nicht als gutgläubig betrachten.²²

bona fide emit) das vorjulianische Edikt, Gaius aber das Ediktum Perpetuum, s. BIDR 9 (1896) S. 118f.

¹⁹ Pellat, Exposé des principes généraux de la propriété, 2. ed. (1853) S. 448f.; Brinz, Zum Rechte der bonae fidei possessio, Festgabe Arndts (1875) S. 101; Brezzo, Archivio Giuridico 43 (1889) S. 274; Abgarowicz, Essai sur la preuve dans la rei vindicatio (1912) S. 230f., Anm. 1. Dieser Ansicht schließt sich Mommsen in seiner Digestenausgabe in der Anmerkung zu 6.2.1. pr an; ebenso auch Bonfante s. RISG 9 (1890) S. 97.

²⁰ S. Gimmerthal, Die publicianische Klage (1872) S. 63—76; Cuq, L'édit publicien, NRHD 1877, S. 628f.; Appleton, Histoire I (1899) S. 60f.; Erman, Beiträge zur Publiciana, SZ 11 (1891) S. 232—249; Seeler, Das publicianische Edikt, SZ 21 (1900) S. 58ff. Nach der zuerst vertretenen Ansicht von Bonfante (BIDR 3, 1890, S. 316) war der Ausdruck *qui bona fide emit* ein späterer ediktaler Zusatz, nach seiner späteren Ansicht aber Bestandteil der Klageformel, s. L'editto publiciano, Scritti II (1926) S. 399ff.; einheitliches Edikt mit getrennten Formeln: Huschke, Das Recht der publicianischen Klage (1884) S. 315; Carusi, L'azione publiciana in diritto romano (1889) S. 17—69; zwei Edikte mit zwei Formeln: Rudorff, Edicti perpetui que rel. sunt (1869) S. 75; Voigt, Das ius naturale, IV (1875) S. 476—484. Den letzteren Standpunkt machte sich auch Lenel zueigen, s. Beiträge zur Kunde des praetorischen Edikts (1878) und Edictum Perpetuum (1883) S. 130ff., der jedoch zuerst die These über den Doppelcharakter der Formel aufgab, vgl. Palingenesia iuris civilis II (1889) S. 512, Anm. 3, S. 1264, sodann auch den des Ediktes, s. Nachträge zum Edictum Perpetuum, SZ 20 (1899) S. 11 und Edictum Perpetuum, 2. A. (1907) S. 164.

²¹ Bonfante, L'editto publiciano, Scritti II (1926) S. 390f.; Lenel, EP³ (1927) S. 170f.; Pflüger, Zwei Rätsel, SZ 42 (1921) S. 472. Noailles stellt seine Authentizität deshalb in Abrede, weil ansonsten der Kläger „devrait d'abord faire la preuve de l'irrégularité de son titre“ (Fas et Jus S. 242). Auch nach Wubbe handelt es sich um eine spätere Einfügung, die auch nicht von Ulpian stammen kann, s. RIDA 8 (1961) S. 428.

²² Das Dilemma ließe sich nur auf die Weise beseitigen, wenn wir aussagen würden, daß sich der beim Erwerb bestehende gute Glaube notwendigerweise in *mala fides superveniens* verwandeln muß, um die actio Publiciana überhaupt erheben zu können.

Was Gaius ansonsten von der Vorschrift des Ediktes (*datur autem — petit*) sagt, stimmt im Grunde mit dem von Ulpian zitierten Text des Ediktes überein. Demnach kündigte Publicius das später von ihm benannte Rechtsschutzmittel für denjenigen an, der aus dem Besitz der ihm aufgrund eines rechtmäßigen Erwerbstitels tradierten Sache ausfällt, noch bevor er die Ersitzung hätte beenden können. Aufgrund des Ediktes wurde die Klage abgefaßt,²³ welche — wie dies aus dem Text von Gaius hervorgeht — auf der Fiktion aufbaut, daß die Ersitzungszeit abgelaufen ist. Wie das Edikt, so faßt auch die Klageformel die beiden positiven, jeweils vom Kläger nachzuweisenden Vorbedingungen der Usukapion zusammen, namentlich den rechtmäßigen Erwerbstitel und die *traditio* (d.h. die Tatsache der Besitzergreifung). Die negativen Vorbedingungen des Ersitzungstatbestandes, nämlich die Gutgläubigkeit und die Geeignetheit der Sache zur Ersitzung,²⁴ werden in den oben angeführten Texten nicht erwähnt, zumal ihr Vorhandensein zugunsten des Klägers vermutet wird und der Beweis für die Bösgläubigkeit des Klägers bzw. die Nichtersitzbarkeit der Sache der Gegenpartei zur Last fällt.

Aus diesem Umstand läßt sich auch der Gegensatz erklären, der sich in der Frage der *bona fides* zwischen der lex 11,7 und den anderen beiden Texten zeigt. Das Edikt und die Formel führt von den Tatbestandselementen der publizianischen Klage lediglich diejenigen an, deren Vorhandensein der Kläger im Verfahren zu beweisen hat; in den Texten, die den Praetor wortwörtlich zitieren, fehlt deshalb die Erwähnung des guten Glaubens. Da aber in der Klageformel die *bona fides* als negatives Tatbestandselement einbezogen ist, setzt sich der Kommentar-Schreiber Ulpian mit der Frage der Gutgläubigkeit des *usucapiens* in Verbindung mit dem Rechtstitel des Kaufes mit Recht auseinander.²⁵

Zusammenfassend kann also in bezug auf das publizianische Edikt mit Sicherheit festgestellt werden, daß dieses für jenen Rechtsuchenden zur Verfügung stand, „*qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit.*“

III.

1. In den letzten Jahrzehnten ist jedoch die Fachliteratur nicht mehr an der Rekonstruktion des ursprünglichen Textes des publizianischen Ediktes interessiert. Die neueren Autoren suchen zunächst auf die Frage Antwort, worin die ursprüngliche Funktion der Publiciana bestand, was ihr Verhältnis

²³ Da das grundlegende und häufigste Rechtsgeschäft des Verkehrs die *emptio* ist, kann man annehmen, daß im Formelmuster ursprünglich dieser Rechtstitel angeführt war, wenngleich Gaius — wie dies aus den Worten *velut hoc modo* in 4,36 hervorgeht — die *emptio* nur beispielsweise erwähnt; in dem letzteren Sinn Diódsi, Ownership S. 157.

²⁴ Die dritte negative Voraussetzung im Tatbestand, die Kontinuität des Besitzes (d.h. dessen Nichtunterbrechung) während der Ersitzungszeit, bleibt bei der Publiciana außer acht.

²⁵ Deshalb erscheint mir die Diskussion sinnlos, die darum ging, ob der Ausdruck *bona fides* im Edikt und in der Formel vorgekommen ist. Bejahend zu dieser Frage nahmen Stellung die in Anmerkung 2. und 3. erwähnten Verfasser, ferner neuerdings Kaser, RPR 1² (1971) S. 439, verneinend außer den in Anmerkung 4. angeführten z. B. Beseler, Beiträge III, (1913) S. 197ff., IV (1920) S. 87ff.; Bonfante, Publiciana S. 399, 402; Pflüger, Zwei Rätsel, SZ 42 (1921) S. 469ff.

zur *rei vindicatio* war und welche die Beweggründe ihrer Einführung waren. In jedem dieser Themen hat sich eine lebhafte Diskussion entfacht, und die dabei vertretenen Standpunkte blieben bis heute polarisiert.

Den Ausgangspunkt zu sämtlichen, vorangehend erwähnten Teilfragen bietet eigentlich die Auffassung über die Funktion der Klage im klassischen Zeitalter, ganz unabhängig davon, ob sich ihr Vertreter zu dieser Frage äußert und ob er sich deren Tragweite bewußt ist oder nicht.

Auch aus diesem Grunde erscheint es angebracht, uns vor allem mit dieser Frage zu befassen.

Die Quellenbasis stellen die von Gaius stammenden, also unbestreitbar klassischen Texte dar:

2.41: *Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias; semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea Mancipata vel in iure cessa (esset. 42. Usucapio autem)²⁶ mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est. 43. Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive Mancipi sint eae res sive nec Mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui traderet, dominum esse.*

Gaius legt hier eigentlich die Funktionen der Usukapion seiner Zeit dar, da sich aber die *actio Publiciana*, wie dies aus 4,36 hervorgeht, auf die Fiktion der Ersitzung gründet, können ihre Aussagen offensichtlich darauf bezogen werden. Demgemäß wurde die Klage im klassischen Zeitalter auf zwei, voneinander abgegrenzte Hypothesen angewandt, und zwar wenn a) der vom Eigentümer eine *res Mancipi* formlos (d.h. durch *traditio*) Erwerbende, b) der was für eine Sache auch immer vom Nichteigentümer Erwerbende noch vor Ablauf der Ersitzungszeit aus dem Besitz der Sache ausfällt.

Die andere Quellenstelle, die bei der Herausbildung des Standpunktes zur Frage der Funktionen der Usukapion mit eine Rolle spielt, ist als eine Fortsetzung des vorangehend zitierten Gaius-Textes anzusehen:

Gai. 2,45: *Sed aliquando etiam si maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Julia et Plautia. 50; Unde in rebus mobiliis non facile p(ro)cedit, ut bonae fidei possessori usucapio con)petat,²⁷ quis qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit etiam si ex alia causa tradatur.*

Gaius befaßt sich hier mit dem Tatbestand des Erwerbs der durch einen Nichteigentümer veräußerten, also für den Besitzer vorläufig als fremdes Eigentum geltenden Sache (*res aliena*). Aus dieser Hypothese folgt, daß hier der *bonae fidei possessor* mit einer Person identisch ist, von der man mit Sicherheit weiß, daß sie die Sache von einem Nichteigentümer erworben hat. Da aber eine *res furtiva* sogar der gutgläubige Erwerber nicht zu ersitzen

²⁶ S. Gai *institutiones*, edd. P. Krueger et G. Studemund, 5. ed. (1905) S. 52; Mayer—Maly, *Zur Textgestalt von Gai. 2.41—61*, Jura 11 (1960) S. 201ff. Wahrscheinlich handelt es sich dabei im Cod. Veronensis um eine eigenwillige Verkürzung des ursprünglichen Textes.

²⁷ Aus dem Cod. Veronensis fehlt es, aus den Inst. 2.6.3 ergänzt, s. Krueger—Studemund, Gai inst. S. 54.

vermag, und da die Veräußerung einer Sache, die einem anderen gehört, in der Regel als *furtum* gilt, scheint die Folgerung von Gaius durchaus akzeptabel zu sein, wonach es unter solchen Umständen nicht leicht vorkommen kann, daß der gutgläubige Besitzer, — der als Erwerber von einem Nichteigentümer definiert wird — die Möglichkeit zur Ersitzung hat.

Es ist somit verständlich, daß die Mehrheit der Autoren, die die Funktion der Publiciana zu klären suchen, ihr Augenmerk von dem *bonae fidei possessor* nunmehr auf den bonitarischen Eigentümer wenden. Wenn man nämlich die Hindernisse beachtet, die dem Ersitzen durch den gutgläubigen Besitzer im Wege stehen, so muß man mit gutem Grund daran denken, daß von der durch die Klageformel gebotenen Möglichkeit nur derjenige Gebrauch machen kann, bei dem diese Hindernisse nicht bestehen, der also die Sache zwar mit einem Formmangel, aber immerhin von einem Eigentümer erworben hat.

2. Gegenüber der früher vertretenen Ansicht, wonach die Publiciana von Anfang an einem doppelten Ziel diente,²⁸ gelangten Lenel und seine Schüler — die aber auch schon Vorläufer hatten²⁹ — zu der Konklusion, daß der ursprüngliche Zweck des Ediktes nicht im Schutz des vom Nichteigentümer Erwerbenden bestanden hat.

Lenel, der von seinem früheren Standpunkt, wonach die publizianische Klage auch schon ursprünglich eine Doppelfunktion erfüllt habe,³⁰ abging, war später der Ansicht, daß Publicius bloß den Tatbestand der *traditio rei Mancipi* vor Augen hielt, ohne zu bemerken, daß der Tatbestand zwei Fälle in sich birgt, namentlich den des Erwerbs vom Eigentümer und vom Nichteigentümer.³¹ Die zwei Hypothesen sollen nach ihm erst die Klassiker getrennt haben, wobei sie dem bonitarischen Eigentümer in vieler Hinsicht umfangreichere Rechte einräumten, als dem einfachen gutgläubigen Besitzer. Der Erwerb der *res nec Mancipi* benötigte nach Lenel anfangs überhaupt nicht den Schutz der Publiciana, zumal dem Erwerber — unabhängig vom Recht des Vormannes — die Vindikation zustand.³² Er begründet diese überraschende Auffassung — die merkwürdigerweise auch bei späteren Autoren wiederholt auftaucht³³ — damit, daß die Prozeßform der damaligen Vindikation die *legis actio sacramento* war, bei der ein absoluter Beweis des Eigentumsrechtes nicht verlangt wurde. Hier hätte der „formgemäße“ Erwerb vom vorigen Besitzer³⁴ *prima facie* den Eigentumsbeweis ersetzt, was für das Obsiegen allenfalls genügte, außer wenn die Gegenpartei Beweise von ähnlichem Wert erbringen konnte. Im letzteren Fall habe man jedoch, um zu obsiegen, ent-

²⁸ S. Appleton, *Propriété prétorienne* I (1899) S. 40ff.

²⁹ Puchta, *Das Gewohnheitsrecht* I (1828) S. 36ff.; Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, 1. Teil: *Geschichte des Kaufs im römischen Recht* (1876) S. 387ff. Gimmerthal ist geradezu bestrebt nachzuweisen, daß die Publiciana, die *ager vectigalis* ausgenommen, auch dann auf die *res nec Mancipi* angewandt wurde, als deren Geltung die Klassiker auch auf den Erwerb vom Nichteigentümer ausgedehnt haben; s. *Die Publicianische Klage und die Mancipation* (1872) S. 61ff.

³⁰ Lenel, *Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts* (1878) S. 1—54.

³¹ Lenel, *Nachträge zum Edictum Perpetuum*, SZ 20 (1899) S. 11—31.

³² Lenel, *Nachträge* S. 28—29.

³³ Z. B. nach Kaser (EB S. 196f.) begnügte man sich auch hier mit der Prüfung des „besseren Rechtes“, weiterhin „mit gewissen primitiven Beweisregeln“; s. ferner Sturm, RIDA 9 (1962) S. 385f.

³⁴ Lenel, *Nachträge* S. 30. Es ist jedoch unklar, was Lenel unter „Beweis formgemäßen Erwerbs“ versteht, zumal hier von *res nec Mancipi* die Rede ist.

weder das Recht des Vormannes oder die Ersitzung beweisen müssen.³⁵ Den publizianischen Schutz der *res Mancipi* machte nach Lenel das Aufkommen der einseitigen Vindikation erforderlich, bei der der Beklagte nicht mehr sein Recht zu behaupten brauchte; für das Obsiegen reichte es, wenn sein Gegenbeweis sich (anstatt auf sein eigenes Recht) auf das Nichtvorhandensein des Rechtes des Klägers richtete. Zur Ausweitung der Geltung der Publiciana bedurfte es ansonsten nach Lenel nicht eines Eingriffs durch den Prätor, diese Aufgabe habe die Rechtswissenschaft gelöst, indem sie jene Anwendungsfälle der Klage herausarbeitete, von denen die klassischen Texte berichten.³⁶

3. Der Auffassung von Lenel ist die von De Visscher insoweit ähnlich, als auch er die Ersitzung einer vom Nichteigentümer erworbenen Sache nicht für einen originellen Fall hält.³⁷ Nach ihm war das erst seit der Zeit möglich, nachdem sich der Schwerpunkt von der *auctor*-Rolle des Vormannes auf die *bona fides* des Erwerbers verlegt hatte. Diese Entwicklung widerspiegelt sich nach ihm auch in der Gestaltung des Ersitzungsverbotes der gestohlenen Sachen. Da in der Urzeit des römischen Rechtes die *res nec Mancipi* nicht in den Bereich der Usukapion fielen, enthielt das Zwölftafelgesetz nur das Verbot für die Ersitzung der gestohlenen *res Mancipi*. Als im Laufe der späteren Entwicklung auch die Ersitzung der *res nec Mancipi* ermöglicht wurde, weiterhin die Usukapion auch auf den Erwerb vom Nichteigentümer Anwendung fand, wurde das Verbot durch die *lex Atinia* in bezug auf sämtliche Arten von Sachen verallgemeinert.³⁸ Doch erstreckte sich deshalb nach De Visscher die Usukapion, wie auch die Publiciana, anfangs nur auf die vom Eigentümer formlos veräußerten *res Mancipi*.

4. Gleichwie Lenel und De Visscher ist auch Sturm³⁹ der Ansicht, daß das Ziel, das Publicius ursprünglich vor Augen schwebte, der Schutz des bonitarischen Eigentums war; die Geschichte der Klage geht also auch bei ihm von der vom Eigentümer tradierten Sache aus. Die Klage sei erst viel später zum Schutz des vom Nichteigentümer Erwerbenden angewandt worden, aber infolge des Verbotes der Ersitzung von gestohlenen Sachen auch hier in einem ziemlich engen Kreis.⁴⁰ Sturm glaubt diese Folgerung aus der Entwicklungsgeschichte der Usukapion anhand des Umstandes ziehen zu können, daß die beiden Institute eng miteinander verbunden sind. Nach seiner Auffassung habe auch die Ersitzung beim Erwerb *a domino* ihren Ausgangspunkt und sei erst später auf den Erwerb *a non domino* ausgedehnt worden, doch habe die letztere Möglichkeit auch noch in Gaius' Zeiten als Ausnahme gegolten. Dagegen seien Fälle der formlosen Übertragung der *res Mancipi* bereits im Zeitalter der XII-Tafeln vorgekommen.⁴¹ Die Geschichte der Publiciana würde demnach die der Usukapion wiederholen; doch habe sich die Entwicklung in entgegengesetzter Richtung vollzogen, wie allgemein angenommen; daß näm-

³⁵ Lenel, Nachträge S. 30.

³⁶ Lenel, Nachträge S. 31.; Lenel, Das Edictum Perpetuum³ (1927) S. 172.

³⁷ S. De Visscher, „Auctoritas“ et „mancipium“; SDHI 22 (1956) S. 105ff.; ders., Individualismo ed evoluzione della proprietà nella Roma repubblicana, SDHI 23 (1957) S. 29ff.; ders., De la défense d'usucaper les choses volées, RIDA³ 5 (1958) S. 437ff.

³⁸ De Visscher, SDHI 23 (1957) S. 34ff.; RIDA³ 5 (1958) 477ff.

³⁹ Sturm, Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana, RIDA 9 (1962) S. 357ff.

⁴⁰ Sturm, a. O. S. 412—414.

⁴¹ Sturm, a. O. S. 397—411.

lich, die früher weitläufig anerkannte Möglichkeit des Erwerbs der vom Nichteigentümer veräußerten Sache gerade im Laufe der späteren Entwicklung (durch die *lex Atinia*) eingeschränkt wurde.

Das Eigentumsrecht der formlos Veräußernden betrachtet Sturm — wie auch seine Vorläufer — als von vornherein gegeben und die Gesichtspunkte des Eigentumsbeweises sollen nach ihm bei der Schaffung des publizianischen Ediktes nicht einmal in Frage gekommen sein. Der Autor ist bemüht, seine Leser mit einer Reihe von Argumenten davon zu überzeugen, daß die Befreiung von der *probatio diabolica* nicht — wie Wubbe annimmt — der Grund für die Einführung der Klage war, zumal diese im römischen Recht gar nicht bekannt gewesen sei. Dieser Begründung muß man beipflichten, was wir auch immer von der Richtigkeit des einen oder anderen seiner Argumente halten. Die Stichhaltigkeit der Konklusion Sturms, wonach bei Vindikation der Kläger sein Eigentumsrecht auch bereits vor Ablauf der Ersitzungszeit ohne besondere Schwierigkeit habe beweisen können, muß jedoch bestritten werden.⁴²

5. Wubbe, der sich in mehreren Abhandlungen mit den Fragen der publizianischen Klage auseinandersetzt, geht von einem ganz anderen Blickpunkt an das Problem heran.⁴³ Indem er seinen Untersuchungen den von Gaius (4,36) und den von Ulpian (D.6.2.1. pr.) zitierten Text zugrundelegt, vertritt er die Auffassung, daß die *Publiciana* von Anfang an einem jeden zur Verfügung gestanden habe, der eine Sache (sei es eine *res Mancipi* oder eine *res nec Mancipi*) von einem Eigentümer oder ein Nichteigentümer, der Formvorschriften gemäß oder formlos, erworben hat, unabhängig davon, ob er die Ersitzung bereits beendet hatte, oder, bevor er den Besitz verlor, erst im Begriff war, die Sache zu ersitzen.⁴⁴ All diese Erwerber entsprächen nach Wubbe der im Edikt und in der Klageformel angeführten Bedingung, daß ihnen eine Sache aufgrund irgendeines Erwerbstitels (*ex iusta causa*) übertragen worden ist, der gute Glaube aber für sie alle vermutet wird. Die genannten Erwerbertypen bilden nach Wubbe zusammen die Kategorie der *bonae fidei possessor* mit Rechtstitel. Und da nach der Formulierung Wubbes, die *bona fides* nichts anderes bedeutet als die zur Zeit der Besitzergreifung bestehende, richtige oder sich nachträglich als falsch erweisende Überzeugung des Besitznehmers, daß er die Sache vom Eigentümer erworben hat,⁴⁵ gehört auch derjenige zu dieser Kategorie, der die Sache demzufolge, daß diese zur Ersitzung ungeeignet ist, nicht wird ersitzen können. Aber hierher sei auch der Erwerber *a domino* zu zählen, zumal auch sein Erwerb *ex iusta causa* erfolgte und weil seine Annahme, daß sein Vormann Eigentümer der Sache gewesen war, sich als richtig erwies, könne man in erster Linie von ihm mit Recht behaupten, daß er die Sache gutgläubig besitzt.⁴⁶

Dieser klagerechtlichen Anschauungsweise stellte Wubbe die materiellrechtliche gegenüber, nach der der *bonae fidei possessor* als eine sich vom Eigentümer unterscheidende Person, d.h. als ein vom Nichteigentümer Erwerbender definiert wird, wie dies auch bei Gaius in 2.41—45 und bei der Mehrheit der ihm folgenden modernen Autoren der Fall ist. Von den beiden Anschauungsweisen gibt Wubbe der ersteren den Vorzug, wobei er davon ausgeht, daß

⁴² Sturm, a. O. S. 363ff.

⁴³ Siehe unter Anm. 1.

⁴⁴ Wubbe, RIDA 8 (1961) S. 422ff.

⁴⁵ Wubbe, SZ 80 (1963) S. 186ff.

⁴⁶ Wubbe, SZ 80 (1963) S. 189.

diese der Realität der alltäglichen Rechtspraxis gerecht wird und sich auch in der klassischen Entscheidungsliteratur, die den größten Anteil unserer Quellen ausmacht, widerspiegelt. Nach diesem Konzept ist der gutgläubige Besitzer in Endkonsequenz ein präsumierter Eigentümer und das von ihm durch die Publiciana geltend gemachte Recht nichts anderes als das Eigentumsrecht selbst, mithin verfolgen die Publiciana und die Eigentumsklage ein und dasselbe Ziel.⁴⁷

Was die Gründe für die Einführung der Publiciana anbelangt, macht sich Wubbe die Hypothese von Kaser über die römische Eigentumsentwicklung zu eigen,⁴⁸ und ist der Ansicht, die Klage sei vom Prätor zur Ausfüllung jener Lücken eingeführt worden, die im Eigentumsschutz beim Übergang vom Legisaktionen- zum Formularverfahren und parallel dazu bei der Umwandlung des relativen Eigentums in ein absolutes entstanden sind.⁴⁹ Da nach der Vorstellung Wubbes die Funktion der Publiciana darin besteht, daß der Erwerber bereits vor Ablauf der Ersitzungszeit vom Recht des Veräußerers unabhängig gemacht wird, wie dies bei der Usukapion nach Ablauf derselben erfolgt, schließt er darauf, daß vor Einführung der Publiciana eine solche Abhängigkeit bestanden hat, was aber für die Zeit nach Herausbildung des absoluten Eigentums die mittelbare Anerkennung der *probatio diabolica* bedeutet.⁵⁰ In der vorangehenden Epoche gab es nach Wubbe keine solchen Beweisschwierigkeiten, zumal der Richter seine Entscheidung im Rechtsstreit zwischen dem Vindizierenden und dem Kontravindizierenden nicht aufgrund des Eigentumsbeweises fällte, sondern allein auf der Grundlage, das Recht welcher Prozeßpartei „besser“ als das der anderen ist.⁵¹

6. Diódsi versucht zwischen den Standpunkten Wubbes und Sturms zu vermitteln.⁵² Einerseits akzeptiert er die Auffassung Wubbes über die Funktion der Publiciana, allerdings mit der Einschränkung, daß nach Ablauf der Ersitzungszeit nur die *rei vindicatio* erhoben werden konnte. Unter den Besitzerwerbenden *ex iusta causa* gehören nach ihm also nur diejenigen zu den *bonae fidei possessores*, die auch tatsächlich ersitzen werden.⁵³ Später kommt er jedoch von dieser Auffassung ab, und zwar als er an das Problem der ursprünglichen Funktion der Publiciana doch von der materiellrechtlichen Anschauung aus herangeht und die Frage zu beantworten versucht, ob letztlich der formlose Erwerb *a domino* oder der Erwerb vom Nichteigentümer jene Hypothese war, die Publicius damals vor Augen hielt. In Übereinstimmung mit Sturm erachtet Diódsi die formlose Übertragung als das entscheidende Motiv für die Einführung der Klage⁵⁴ doch konnten nach ihm manchmal auch jene mit Erfolg von der Klage Gebrauch machen, die sich nicht

⁴⁷ Wubbe, SZ 80 (1963) S. 203.

⁴⁸ Kaser, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, 2. A. (1956) S. 298–302.

⁴⁹ S. Wubbe, Res aliena pignori data (1960) S. 267f.; weiterhin RIDA³ 8 (1961) S. 438–440.

⁵⁰ Von dieser Schlußfolgerung schreckt aber auch der Verfasser zurück und umgeht im Grunde genommen das Problem, vgl. Wubbe, RIDA³ 8 (1961) S. 438.

⁵¹ Wubbe, RIDA³ 8 (1961) S. 439.

⁵² Diódsi, Ownership S. 154ff.

⁵³ Diódsi, a. O. S. 158, 160.

⁵⁴ Diódsi: "... Sturm is also right when he emphasizes that the decisive motive of the introduction of the *actio Publiciana* was the informal conveyance, and not the difficulties of bringing evidence with the *rei vindicatio*", s. a. O. S. 165, mit Hinweis auf Sturm, RIDA³ 9 (1962) S. 415.

darauf berufen konnten, vom Eigentümer erworben zu haben.⁵⁵ Bei der Schaffung der Publiciana dürfte daher nicht der Schutz des relativen Eigentums, das Diódsi ansonsten ablehnt,⁵⁶ eine Rolle gespielt haben, vielmehr wollte seiner Ansicht nach der Prätor durch den Schutz des formlosen Erwerbs den Warenverkehr beschleunigen; in dem Schutz des Erwerbs vom Nichteigentümer komme aber eine vorsichtige und eingeschränkte Anerkennung der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs zum Ausdruck.⁵⁷

7. In neuester Zeit befaßte sich Apathy sehr tiefgründig mit den Problemen der Publiciana.⁵⁸ Er erkennt richtig, daß die Fragen um die Publiciana nicht endgültig beantwortet worden sind und die Diskussion in letzter Zeit geradezu ins Stocken geraten ist. Wie Diódsi ist auch Apathy der Meinung, man könne die gegensätzlichen Auffassungen Wubbes und Sturms nicht völlig verwerfen; darüber hinaus, daß die Publiciana die Lage des Ersitzers im allgemeinen schützte, gereichte sie sowohl dem eine *res Mancipi* formlos Erwerbenden, als auch dem von Nichteigentümer Erwerbenden zum Nutzen.⁵⁹

In bezug auf die letzteren Fälle des Erwerbs stellt Apathy fest, daß der Schutz des Klägers durch die publizianische Klage insoweit eine unterschiedliche Wirkung hat, als sie dem bonitarischen Eigentümer einen absoluten, dem Erwerber vom Nichteigentümer dagegen nur einen relativen Schutz andeuten läßt, woraus man aber nach ihm darauf schließen kann, daß die Publiciana nicht einem einheitlichen Zweck diene, sondern gleichzeitig mehrere Funktionen erfülle.⁶⁰

Gegen Sturm bringt er zwar vor, daß die Ersitzung der vom Nichteigentümer erworbenen Sachen bereits zur Zeit der XII-Tafeln kein Ausnahmefall war; weiterhin, daß es sich mit Sturms Theorie nicht erklären läßt, warum jeder Ersitzungsbesitzer geschützt wird, nicht nur der bonitarische Eigentümer.⁶¹ Doch läßt Apathy deutlich erkennen, daß nach seinem Standpunkt die Publiciana letztlich zum Schutz des eine *res Mancipi* Erwerbenden ins Leben gerufen wurde.⁶² Er räumt zwar ein, daß die Beweiserleichterung für den Kläger vielleicht eine weitläufigere Wirkung der Klage darstellt, doch betont er im Gegensatz zu Wubbe auch in diesem Zusammenhang, daß die Klage nicht allein auf dieses Ziel gerichtet war; dies gehe nach ihm auch daraus hervor, daß der Eigentumserwerb an einem Formmangel scheitern konnte, auch wenn der Beweis des Rechtes des Vormannes ohne weiteres gelang.⁶³

Die Heilung des Erwerbs mit Formfehler stellt nach Apathy schon deshalb einen wichtigeren Anwendungsfall der Publiciana dar als der Erwerb vom Nichteigentümer, weil der den verlorenen Besitz zurückerwerbende bonitarische Eigentümer erneut in eine Ersitzungslage gerät, hingegen der Erwerber *a non domino* in ähnlicher Situation, wenn er vor dem erneuten

⁵⁵ Diódsi: "In practice it was primarily available to those who had acquired without formalities, but sometimes it could also efficiently be brought by those who could not claim to have acquired from the owner"; s. Ownership S. 165.

⁵⁶ Diódsi, a. O. S. 94—106.

⁵⁷ Diódsi, a. O. S. 165, c).

⁵⁸ S. unter Anm. 1.

⁵⁹ Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzes durch die *actio Publiciana*?, St. Sanfilippo I (1982) S. 24.

⁶⁰ Apathy, a. O. S. 25f.

⁶¹ Apathy, a. O. S. 27—29.

⁶² Apathy, a. O. S. 32.

⁶³ Apathy, a. O. S. 33.

Besitzerwerb bösgläubig wurde, zur Ersitzung nicht berechtigt ist, obwohl ihm der Weg zur Erhebung der publizianischen Klage auch in diesem Fall offensteht.⁶⁴ Die dieser Folgerung zugrunde liegenden Texte besagen jedoch nicht, daß der erneute Besitzerwerb mit Hilfe der Publiciana erfolgte, sie erhärten somit nicht Apathys Konzept, wonach die publizianische Klage auch dann zum Erfolg habe führen können, wenn die Stellung des Klägers als Ersitzungsbesitzers aufhörte.⁶⁵

Im Grunde erblickt also auch Apathy die Funktionen der Publiciana in den Hypothesen des formell fehlerhaften Erwerbs *a domino* und des Erwerbs vom Nichteigentümer. Wenn neben diesen Tatbeständen auch die Gestalt jenes Eigentümers in Erscheinung tritt, der zwecks eines einfacheren Beweises seines Rechtes anstatt der mit der *probatio diabolica* einhergehenden *rei vindicatio* die Publiciana in Anspruch nimmt, so bleibt das Verhältnis der drei Anwendungsfälle zueinander auch bei ihm ungeklärt.

8. Unserer Ansicht nach ist eine Vermittlung zwischen dem Konzept Wubbes und denen, die einen entgegengesetzten Standpunkt vertreten, nicht möglich. Die Funktionen der Publiciana hat nämlich Wubbe im Grunde genommen stichhaltig, im Einklang mit den Aussagen der Quellen, obwohl in mancher Hinsicht der Berichtigung und der Weiterentwicklung bedürftig, geklärt. Unannehmbar erscheint uns jedoch seine, sich auf die Hypothese von Kaser stützende Ansicht über die Gründe der Einführung der Klage, wo doch diese aus den von ihm richtig erkannten Funktionen unmittelbar resultieren.

IV.

Angesichts der Schwierigkeiten, die sich daraus ergaben, daß sich bei den Forschern die Überlegungen zum Stand der Normierung vor und nach Einführung der Klage oft vermischen, erscheint es methodologisch angebracht, zunächst die Funktion der Publiciana im klassischen Zeitalter zu untersuchen, um anhand der hier gewonnenen Erkenntnisse auf den Stand der Regelung vor Erlaß des Ediktes zurückzublicken und schließlich jene rechtliche Neuerung zu erforschen, die Publicius zur Ankündigung seines Ediktes veranlaßte.

Die Stellungnahme zur Funktion der Publiciana im klassischen Zeitalter ist letztlich dadurch bedingt, wie man das Verhältnis der oben dargestellten Texte zueinander beurteilt. Nach der einen Gruppe dieser Texte (Ulp. D. 6.2.1 pr. und Gai 4.36) kann die publizianische Klage ein jeder erheben, der eine Sache — welcher Art auch immer — vom vorigen Besitzer *ex iusta causa* erworben und diese noch nicht ersessen hat; die andere Gruppe der Texte (Gai 2.41—50) dagegen führt als Anwendungsfall der Usukapion — folglich der Publiciana — den förmlich fehlerhaften Erwerb *a domino* und den Erwerb vom Nichteigentümer an. Die Verschiedenheit der in den Texten zum Ausdruck kommenden Anschauungsweise fällt auf den ersten Blick ins Auge:

⁶⁴ Apathy, a. O. S. 35f.

⁶⁵ Paulus sagt in D. 41.3.15.2, Julianus in D. 41.4.7.4, daß wenn der seinen Besitz verlorene gutgläubige Besitzer vor dem Rückerwerb der Sache erfährt, daß diese einem anderen gehört, sein erneuter Besitzerwerb als bösgläubig gilt. In diesem Fall kommt also die Regel „*mala fides superveniens non nocet*“ nicht zur Geltung. Aus den Texten läßt sich deshalb nicht die These ableiten, wonach „der (publizianische) Kläger wird... zwar als (ehemals redlicher und) rechtmässiger Erwerber, nicht aber auch als Ersitzungsbesitzer geschützt“, s. Apathy, a. O. S. 36.

die Texte der ersten Gruppe ermangeln einer eigentumsrechtlichen Qualifizierung des Klägers, in den zur zweiten Gruppe gehörenden Texten dagegen ist die Qualifikation des Erwerbers als Eigentümer bzw. Nichteigentümer von vornherein gegeben.

Will man die Funktion der Publiciana ergründen, so bietet sich dazu eine *a priori* geklärte Eigentumslage auf den ersten Blick als ein zuverlässigerer Ausgangspunkt als eine ungeklärte. Die meisten Autoren legten offensichtlich deshalb ihren Untersuchungen die Hypothesen des Erwerbs *a domino* und *a non domino* zugrunde. Die einzige Schwäche dieser Anschauungsweise, die sodann auch deren Daseinsberechtigung fragwürdig macht, liegt darin, daß eine von vornherein geklärte Eigentumslage in der alltäglichen Praxis kaum vorkommt.

2. In den Fällen, wenn irgend jemand von einem anderen erwirbt, ist die Stellung des Erwerbers in der Regel aus eigentumsrechtlicher Sicht zu-
meist perplex: in Abhängigkeit von der Rechtslage des Vormannes hat der titulierte Besitzerwerber (*prossessor ex iusta causa*) das Eigentum an der Sache entweder erworben oder nicht. Das Institut, das der Umwandlung der ungewissen Lage in eine gewisse dient, ist die Usukapion, über deren grundlegende Funktion auch die Klassiker offenkundig einig waren:

Gai. 2.44: *Quod (d.h. die usucapio) ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium...*⁶⁶

Damit die Usukapion ihre Funktion erfüllen kann, brauchte der sich auf sie Berufende von dem vollständigen gesetzlichen Tatbestand lediglich den Erwerbstitel zu beweisen, sowie den Umstand, daß die Besitznahme zu einem Zeitpunkt erfolgte, seit dessen Eintritt die zur Ersitzung vorgeschriebene Zeit abgelaufen ist. Vermutet wird dagegen zu seinen Gunsten die Kontinuität des Besitzes, der gute Glaube bei dem Besitzerwerb und die Geeignetheit der Sache zur Ersitzung. Damit wird also nur das Nichtvorhandensein der Hindernisse der Ersitzung (Unterbrechung der Ersitzung, Bösgläubigkeit, Ungeeignetheit der Sache) markiert.⁶⁷ Was die *mala fides* und die Furtivität des Ersitzungsgegenstandes anbelangt, so können die Beweise für diese Umstände von dem wirklichen Eigentümer der Sache auch nach Ablauf der Ersitzungszeit erbracht werden.⁶⁸

⁶⁶ Vgl. noch Gai. D. 41.3.1: *Bono publico usucapio introducta est...* Ner. D. 41.10.5: *... ut aliquis litium finis esset ...*; weiterhin Cic. pro Caec. 74: *...at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium...*

⁶⁷ Im Formularverfahren wird das „*thema probandum*“ in der Intention der *formula petitoria* festgehalten: *actor intendit rem suam esse* (Gai 4,92). Aus einem Reskript Diokletians geht deutlich hervor, daß bei derivativem Erwerb der Kläger „*factam emptionem et in vacuum possessionem inductum*“ zu beweisen hat (C. 4.19.12), also offensichtlich die beiden positiven Bedingungen der Usukapion. Daraus folgt aber, daß der Beweis des Vorliegens der anderen Bedingungen nicht dem Kläger obliegt. Der Urkundenbeweis war in diesem Zeitalter so verbreitet, daß man dem nur durch ein kaiserliches Wort Geltung verschaffen konnte, daß der Beweis des Rechtstitels auch auf andere Weise (z.B. durch Zeugen) zugelassen ist. Für uns hat diese Quellenstelle deshalb einen besonderen Wert, weil sie das „*thema probandum*“ der Usukapion unbestreitbar macht; somit ist die These mehr als eine bloße Wahrscheinlichkeit, wie dies von mehreren Verfassern angenommen wird, so Kaser, EB S. 297; Wubbe, RIDA 8 (1961) S. 421, Anm. 13; Sturm, RIDA 9 (1962) S. 385; Diósdí, Ownership S. 164.

⁶⁸ Erst die durch Justinian eingeführte *longissimi temporis praescriptio* macht den derivativen Erwerb der 30 bzw. 40 Jahre hindurch besessenen Sache endgültig

Als Publicius sein Edikt und die entsprechende Klageformel, in deren Intention die durch den Kläger zu beweisenden Tatbestandselemente genannt sind, ankündigte, sah er deutlich voraus, wem der Schutz, der sämtlichen Besitzerwerbenden *ex iusta causa* — und den sodann ihren Besitz verlierenden — versprochen wurde, praktisch zugute kommen wird.

Die Personen nämlich, die den Bedingungen der Intention gerecht werden, bilden eine ziemlich heterogene Masse. Unter den eine *res nec Mancipi* Erwerbenden finden sich solche, die vom Eigentümer und andere, die vom Nichteigentümer erworben haben. Nicht anders verhält es sich mit den Erwerbenden einer *res Mancipi*, auch wenn diese die vorgeschriebenen Formalitäten ansonsten eingehalten haben; auch ihr Erwerb erfolgte entweder von einem Eigentümer oder einem Nichteigentümer. Da es kein äußeres Merkmal gibt, das die zu Eigentümern gewordenen Erwerber von denen, die Nichteigentümer sind, *prima facie* unterscheiden würde, muß auch der einzelne Erwerber als ein solcher angesehen werden, der die Sache entweder von einem Eigentümer oder von einem Nichteigentümer erworben hat.

3. Von den Erwerbenden, die instande sind, das Vorhandensein der positiven Bedingungen der Usukapion zu beweisen, wird aber nicht ein jeder unbedingt ersitzen können, da dem Eigentumserwerb durch Ersitzung gegebenenfalls ein Hindernis im Wege stehen kann. Dies betrifft in erster Linie diejenigen, die, wenngleich gutgläubig, eine gestohlene Sache in Besitz genommen haben, zumal die *res furtivae* unersitzbar sind. Dieses Verbot hat dadurch weitgehende Konsequenzen, daß die bewußte Veräußerung der beweglichen Sache eines anderen ohne dessen Zustimmung schon an sich als *furtum* anzusehen ist;⁶⁹ aus diesem Grunde kann es — wie darauf Gaius (2,50) aufmerksam macht — nicht so leicht vorkommen, daß der Erwerber *a non domino* in der Lage ist, eine solche Sache zu ersitzen. Dem Eigentümer steht die Vindikation der von ihm gestohlenen Sache gegenüber einem jeden und ohne zeitliche Begrenzung zu, folglich ist der Schutz, der sich auf die abgelaufene Ersitzungszeit oder auf deren Fiktion gründet, weder für ihn, noch für den gutgläubigen Erwerber von Relevanz. Die Ersitzung beweglicher Sachen vom Nichteigentümer kann somit nur ausnahmsweise vorkommen, in solchen Fällen, wenn irgend jemand die bewegliche Sache eines anderen nicht absichtlich (also zufällig oder irrtümlicherweise) veräußert hat.⁷⁰

Trotz des Anscheins sind die Chancen der Ersitzung eines vom Nichteigentümer veräußerten fremden Immobiliargutes nicht viel besser. Ein heim-

unanfechtbar, indem sie die Bestreitung der Furtivität (und zugleich auch des Mangels des *titulus*) verbietet (C. 7.39.8.1); vgl. Bonfante, Corso II: La proprietà 2 (1968) S. 365—67.

⁶⁹ Die Lage nach der *lex Atinia* vor Augen haltend. Was das vorangehende Zeitalter und in diesem den Umfang des *furtum*-Begriffs, ferner das Verhältnis der *lex Atinia* zu den XII-Tafeln anbelangt, gibt es auseinandergerhende Meinungen, auf die man hier nicht einzugehen braucht. Aus der ausgedehnten Literatur des Problems s. insbesondere v. Lübtow, Hand wahre Hand (1955) S. 122—143.

⁷⁰ Diese Überlegung bildet eigentlich die Grundlage für die Auffassung, welche die Funktion der Usukapion und der *Publiciana* im Schutz des bonitarischen Eigentums sieht. Bei der Bestimmung der Funktion ist es jedoch nicht entscheidend, ob die Zahl der von Nichteigentümern Erwerbenden, für die die Ersitzung offen ist, groß oder verschwindend gering ist; ausschlaggebend ist, daß die nicht vielen Nichteigentümer von den in Mehrheit befindlichen Eigentümern nicht zu unterscheiden sind, was dazu ausreicht, die Beurteilung der Eigentumslage der einzelnen Erwerber unbestimmt zu machen.

licher (*clam*) Besitzerwerb von Immobilien ist unmöglich, die Ersitzung eines durch einen *vi* Besitzerwerber veräußerten Grundstücks fällt aber unter das Verbot der *lex Julia et Plautia*.⁷¹ Für die Ersitzung des *fundus alienus* bleiben also jene seltenen Fälle übrig, bei denen der Nichteigentümer einem gutgläubigen Dritten ein solches fremdes Grundstück veräußert, dessen Eigentümer ohne Hinterlassung eines Erben verstorben ist oder seit längerer Zeit abwesend ist bzw. seine Liegenschaft aus Indolenz verläßt (Gai. 2.51).

Da beim Erwerb einer *res furtiva* die Frage des guten oder bösen Glaubens völlig unerheblich ist, kann der Beweis für die *mala fides* des Erwerbers und somit die Widerlegung der Vermutung der *bona fides* nur in bezug auf den Erwerb einer nicht als *res furtiva* geltenden fremden Sache in Betracht kommen; daraus geht hervor, daß dieses Ersitzungshindernis in der Praxis nur selten bestehen konnte.

4. Was das von den Forschern so sehr favorisierte bonitarische Eigentum als Ersitzungsfall anbelangt, so wird Publicius die spekulative Hypothese der Übertragung „*a domino*“ der *res Mancipi* kaum Kopfzerbrechen gemacht haben. Da auch der durch *Mancipatio* Erwerbende die Sache in der Regel zu ersitzen hat, da seine Qualifikation als Eigentümer genauso zweifelhaft ist als die des eine *res nec Mancipi* Erwerbenden, kommt dem Umstand nur eine sehr geringe Bedeutung zu, daß der eine *res Mancipi ex iusta causa* Erwerbende außer dem unsicheren Recht des Vormannes zugleich auch aus einem anderen Grunde, namentlich infolge eines Formfehlers, einer Ersitzung bedarf. Eben deshalb erscheinen die Überlegungen, die bei mehreren Autoren über den unterschiedlichen Charakter der dem bonitarischen Eigentümer und dem Nichteigentümer zustehenden *Publiciana*, über die absolute bzw. relative Wirkung des durch sie gewährten Schutzes zu lesen sind, nur von theoretischer Bedeutung.⁷²

Bedarf aber der Erwerb einer *res Mancipi* zur Klärung der Eigentums-lage jeweils einer Ersitzung, die zugleich auch die Folgen eines eventuellen Formfehlers heilt, dann liegt es auf der Hand, daß die Parteien die *Mancipatio* ohne besondere Folgen auch weglassen können. Daraus kann man aber mit Recht die Folgerung ziehen, daß durch die *Publiciana* die *Mancipatio* im Kreise der Eigentumsübertragung zum größten Teil überflüssig geworden ist und parallel dazu die Unterscheidung zwischen *res Mancipi* und *res nec Mancipi* des weiteren keine praktische Bedeutung mehr hatte.⁷³

5. Aus dem Umstand, daß die bewußte Veräußerung einer *res aliena* als *furtum* gilt, und als *res furtiva* nicht ersitzbar ist, daß es weiterhin nicht möglich ist, einen *fundus alienus* heimlich in Besitz zu nehmen, dessen mit

⁷¹ Die Volksgesetze, die die Ersitzung der *res vi possessae* ausschließen, stammen aus dem letzten Jahrhundert der Republik. Die *lex Plautia de vi* entstand zwischen 78 und 63 v. u. Z., die *lex Julia de vi* aber unter Caesar oder Augustus also längere Zeit nach der *lex Atinia*; s. Kaser, RPR I² (1971) S. 420. Dies bedeutet jedoch nicht daß die *vi* erworbenen Sachen früher ersitzbar gewesen wären, vielmehr dürften diese früher mit den *res furtivae* zusammen zu den „*res subreptae*“ gehört haben.

⁷² Vgl. z.B. Bonfante, Corso II, La proprietà 2 (1968) S. 437; Jörs—Kunkel, Römisches Privatrecht³ (1949) S. 142; Kaser, RPR I² (1971) S. 438ff.; Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzes durch die *Publiciana*?, St. Sanfilippo I (1982) S. 25f.

⁷³ So auch Pugsley, der jedoch der Ansicht ist, die *Publiciana* sei ausschließlich zugunsten der Erwerber vom Nichteigentümer geschaffen worden; s. Pugsley, The Roman Law of Property and Obligations (1972) S. 55ff., zitiert von Apathy, Schutz S. 29.

Gewalt herbeigeführter Erwerb aber die Sache (*res vi possessa*) gleichfalls unersitzbar macht, ergibt sich, daß man den auf die Fiktion der Ersitzung gegründeten Schutz des Erwerbers *a non domino* nicht als die grundlegende Funktion der *Publiciana* im klassischen Zeitalter betrachten kann und dies auch nicht das entscheidende Motiv ihrer Einführung war.

Auch der Schutz des bonitarischen Eigentums stellt keine selbständige Funktion der *Publiciana* dar, denn der Formfehler als Ersitzungsgrund geht in der Regel mit dem zweifelhaften Recht des Vormannes als Ersitzungsgrund einher.⁷⁴

Aus diesen Überlegungen ergibt sich als einzige vernünftige Folgerung, daß die *Publiciana* letztendlich für die Erwerber „*a domino*“, also für die Eigentümer selbst bestimmt ist, unabhängig davon, ob diese die Sache formgemäß oder formlos erworben haben. Vor allen anderen sind es nämlich die wahren Eigentümer, die den positiven und negativen Bedingungen der Usukapion gerecht werden.

Um ihren Schutz zu erleichtern, ist es jedoch unumgänglich, daß die Usukapion und der Schutz der Ersitzungslage auch für eine bestimmte Schicht der vom Nichteigentümer Erwerbenden ermöglicht wird, denjenigen nämlich, die keine *res furtiva* erworben haben. Ihre Zahl ist im Auge des Prätors im Vergleich zu den Erwerbern *a domino* eine „quantité négligeable“. Aus dem Rechtsschutz, der für sie durch die Eröffnung der Usukapion gewährt wurde, ziehen sie einen Nutzen, der von Seite der Rechtsmäßigkeit nicht ihnen zugedacht war. Für die Erleichterung des Schutzes der *a domino* Erwerbenden sprechen jedoch überwiegende Argumente, denen das geringere Interesse weichen muß. Durch die Rechtsschöpfung des Prätors werden die wirklichen Eigentümer — gegenüber den etwaigen Erwerbern *a non domino* — dazu angehalten, ihr Recht den letzteren gegenüber innerhalb der Ersitzungszeit geltend zu machen.

Die Methode, mit deren Hilfe das rechtspolitische Ziel in optimalem Grad, d.h. bei möglichst geringstem Nachteil, erreicht werden kann, ist im Grunde einfach: der Prätor betrachtet im *in iure* Verfahren jeden Besitzerwerber *ex iusta causa*, ohne seine Berechtigung zu prüfen, sogleich als „wahrscheinlichen Eigentümer“ und stellt für ihn eine fiktizische Vindikationsformel aus. Die Gefahr, daß Unwürdige von dem nicht ihnen zugedachten Schutz Gebrauch machen, ist nämlich verschwindend gering. Die Interessen jenes wirklichen Eigentümers, der die ihm eigene Sache infolge von Diebstahl verloren hat, werden durch den publizianischen Schutz nicht beeinträchtigt, da er diese Sache zu jeder Zeit, von wem auch immer, vindizieren kann. Dem wirklichen Eigentümer der nicht gestohlenen Sache steht aber die Vindikation innerhalb der Ersitzungszeit selbst bei gutem Glauben des Usukapienten zu; wenn aber die Bösgläubigkeit des letzteren beweisbar ist, so kann er die Vindikation auch nach Ablauf der Ersitzungszeit in Anspruch nehmen. Die Gesichtspunkte der materiellen Gerechtigkeit und der rechtspolitischen Zweckmäßigkeit (d.h. der Sicherheit des Warenverkehrs) sind also rationell aufeinander abgestimmt.

6. Geht man von der grundlegenden Bestimmung der *Publiciana* aus, so läßt sich deren Verhältnis zur *rei vindicatio* erhellen und auch die Frage

⁷⁴ Natürlich kann man von vornherein auch den Fall nicht ausschließen, wenn „dem Kläger der Beweis des Eigentums des Vormannes ohne weiteres gelingt, wogegen ein Eigentumserwerb mangels Form nicht erfolgt“ (*Apathy*, a. O. S. 32f.). *Publicius* mußte aber — wie der Rechtsetzende immer — nicht den extremen, sondern den typischen Fall vor Augen halten.

beantworten, ob auch derjenige die publizianische Klage erheben kann, der die Ersitzung bereits vollendet hat. Nach Wubbe steht dem nichts im Wege, da auch dieser, bevor er den Besitz verlor, die Sache *ex iusta causa* besaß und somit die Bedingungen für die Inanspruchnahme der Publiciana auch bei ihm vorliegen.⁷⁵ Diódsi lehnt diese Möglichkeit mit der Begründung ab, daß die Klageformel in diesem Fall Unwahres beinhalten würde, andererseits die vollendete Usukapion den Kläger ebenso vom Beweis des Rechtes seiner Vormänner befreit, wie die Publiciana.⁷⁶ Die letztere kann man daher nicht als eine Beweiserleichterung gewährleistende Variante der Vindikation auffassen, vielmehr grenzt sich der Anwendungsbereich der beiden Klagen scharf voneinander ab.⁷⁷

Der hier diskutierten Frage kommt m.E. keine praktische Bedeutung zu. Wenn nämlich die ihren Besitz verlorene und ihre Sache zurückzuerwerben begehrende Partei vor dem Magistrat erscheint, stellt der Prätor die Klageformel aufgrund des vor ihr vorgetragenen Sachverhaltes aus. Behauptet der Kläger bei Angabe des Erwerbstitels, daß er die Sache zu einem Zeitpunkt in Besitz genommen hat, von dem an bis zum Verlust des Besitzes die Ersitzungszeit abgelaufen ist, so wird der Prätor die Klageformel der *rei vindicatio* ausstellen. Behauptet der Kläger aber einen solchen Zeitpunkt des Besitzerwerbes, daß der Ablauf der Ersitzungszeit nicht festzustellen ist, so wird der Prätor die Publiciana ausstellen, unabhängig davon, ob der Erwerb der Sache gegebenenfalls durch *mancipatio* oder *in iure cessio* erfolgte.⁷⁸

Da für die Auswahl der einen von den zwei Formeln der beweisbare Zeitpunkt des Besitzerwerbes maßgeblich ist, kann es vorkommen, daß der Kläger, der die Sache bereits ersessen hat, nur eine zu einem solchen Zeitpunkt erfolgte Besitznahme nachweisen kann, von dem an bis zum Besitzverlust die zur Ersitzung erforderliche Zeit noch nicht abgelaufen ist; in diesem Fall muß er sich mit der Publiciana begnügen. Ihm erwächst jedoch daraus kein Nachteil, zumal er der Hypothese gemäß Eigentümer der Sache ist.

V.

1. Um die Tragweite der Neuerung des Prätors Publicius zu verstehen, fassen wir kurz die vopublizianischen Rechtsverhältnisse ins Auge. Das Bestehen der ursprünglichen Erwerbsarten im altrömischen Recht, die Okkupation ausgenommen, läßt sich quellenmäßig nicht belegen, doch kann in Hinblick auf den Agrarcharakter der Wirtschaft vorausgesetzt werden, daß der unmittelbare Eigentumserwerb an Früchten anerkannt wurde.⁷⁹ Die Beurteilung des derivativen Erwerbes ist gleichfalls stark unstritten. Aus der decemviralen

⁷⁵ Wubbe, *Res aliena pignori data* (1960) S. 274; vgl. noch SZ 80 (1963) S. 189.

⁷⁶ Diódsi, *Ownership* S. 160.

⁷⁷ Diódsi, *Ownership* S. 160, 164.

⁷⁸ Nach Diódsi stellt der Prätor in dem Fall, wenn der Kläger durch *in iure cessio* oder *mancipatio* erworben hat, die Formel der *rei vindicatio* aus, selbst wenn die Ersitzungszeit nicht abgelaufen ist, vgl. *Ownership* S. 160. Dies steht jedoch im Gegensatz zu der an anderer Stelle geäußerten Ansicht des Verfassers, wonach sich der Kläger bei *rei vindicatio* auf eine vollendete Usukapion zu berufen hat, s. *Ownership* S. 164.

⁷⁹ Vgl. Kaser, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht*, SZ 65 (1947) S. 219ff.

Vorschrift (6,3) „*usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annuus esto*“ geht deutlich hervor, daß an der erworbenen Sache im Ergebnis eines ein- bzw. zweijährigen Besitzes ein festes Eigentumsrecht entstand. Es sei hinzugefügt: auf eine andere Weise konnte dieses Recht gar nicht entstehen, da der Beweis des Eigentumsrechtes — wie darauf auch Noailles richtig verweist — auch im altrömischen Recht nicht anders als durch Usukapion erfolgen konnte.⁸⁰

Die Forscher beschäftigt aber die ungewisse Rechtsstellung des Erwerbers, der die Sache noch nicht ersessen hat. Bei Klage durch Vindikation verweist man den Erwerber zum Vormann, damit dieser für ihn Zeugnis ablege.⁸¹ In Wirklichkeit kann aber der Vormann durch seine Aussage dem Erwerber nur dann zugute kommen, wenn er die Sache vorangehend schon ersessen hatte, also der im Verfahren auftretende Dritte nicht mehr Eigentümer ist. Der Erwerber bleibt aber auch bei Eviktion nicht ungeschützt, da er in diesem Fall den Vormann auf das Duplum klagen kann. Ähnlicherweise steht ihm ein Schutz zu, wenn er selbst aus dem Besitz der Sache fällt. In diesem Fall kann er gegen den neuen Besitzer als *fur nec manifestus* eine *actio furti* anstrengen; wenn aber die Sache durch Rechtsgeschäft in den Besitz des letzteren gelangte, so gegen denjenigen, der keinen Vormann mehr angeben kann.⁸²

Dadurch wird zugleich deutlich, weshalb vor Einführung der Publiciana von der *mancipatio* nicht abgesehen werden konnte. Für den Erwerber der *res Mancipi* war nämlich der Abschluß des formgemäßen Geschäftes mit doppeltem Vorteil verbunden: einerseits ermöglichte ein solches Geschäft den Beweis, daß der Erwerber nicht durch *furtum* in den Besitz der Sache gelangte, andererseits begründete es für den Fall einer Eviktion die Haftung des Veräußerers.

Es genügt jedoch nicht, die Ersitzungszeit allein vom Aspekt der Interessen der erwerbenden Partei zu betrachten. Die Usukapion kann nämlich gerade dadurch, daß sie den Erwerber zu einem sicheren Eigentum verhilft, das Recht eines Dritten — des wirklichen Eigentümers der Sache — beeinträchtigen. Da im altrömischen Recht die gestohlenen Sachen vom Erwerber — den Dieb ausgenommen — ersitzbar waren, konnte der Erwerber vor Ablauf der Ersitzungszeit keine feste eigentumsrechtliche Position erlangen. Für den wirklichen Eigentümer ist die ein-bzw. zweijährige Zeitdauer unerläßlich, um die Sache vom Erwerber, der kein Dieb ist und die Sache ansonsten ersitzen könnte, zu vindizieren. Solange die *res furtivae* ersitzbar sind, kann also die Ersitzungszeit nicht verkürzt werden; sobald aber die *res furtivae* unersitzbar werden, wird der dingliche Schutz des Eigentümers vom Augenblick des Erwerbs an sofort möglich.

2. Wie vorangehend erwähnt, bringen einige Verfasser die Einführung der Publiciana mit dem Übergang vom Legisaktionen- zum Formularverfahren

⁸⁰ Vgl. Noailles, *Fas et ius* (Paris 1948) S. 242: „Je suis profondément convaincu que l'usucapion, *finis sollicitudinis ac periculi litium*, a de tous temps confirmé la propriété, même régulièrement acquise... Tout propriétaire, quel que soit son titre, toutes les fois qu'il lui faut apporter la preuve de sa propriété, invoquera le délai de deux ans“.

⁸¹ S. Kaser, RPR I² (1971) S. 129ff.; Das römische Zivilprozessrecht (1966) S. 72ff., mit weiterer Literatur.

⁸² S. Kaser, RZPR S. 66ff., ferner v. Lübtow, *Hand wahre Hand* (1955) S. 122ff.

ren in Zusammenhang.⁸³ Nach der Hypothese von Kaser wurde der Rechtsstreit in der früheren *legis actio sacramento in rem*, in der beide Parteien zu vindizieren hatten, durch den Richter je nachdem entschieden, welche Partei „besseres Recht“ auf die Sache hatte. Im Formularverfahren dagegen habe der Kläger gegenüber dem bestreitenden Beklagten sein „absolutes“ Recht beweisen müssen, was seine Lage im Vergleich zur früheren erschwert hätte, und es sei gerade die Aufgabe der *Publiciana* gewesen, den verlorenen relativen Schutz zu ersetzen.

Da es sich hierbei um eine Hypothese, um die Vorstellung einer quellenmäßig nicht nachweisbaren Entwicklungslinie handelt, erscheint es unnötig, auf Einzelheiten einzuhegen. Es sei nur bemerkt, daß der Theorie des „relativen Eigentums“ eine willkürliche Auslegung der alten Vindikationsspruchformel zugrundeliegt. Die Doppelvindikation und in Verbindung damit das Ablegen des *sacramentum* war nämlich m.E. bloß zur Begründung des Prozesses — gemäß der altherkömmlichen Rechtsauffassung — notwendig. Hinsichtlich des Eigentumsbeweises bestand zwischen dem Legisaktionen- und dem Formularverfahren kein wesentlicher Unterschied. In beiden Verfahren hatte der Kläger seinen Eigentumserwerb, also die Usukapion, zu beweisen. Der Beklagte konnte in beiden Verfahren dem Eigentum des Klägers sein eigenes entgegenhalten, d.h. sich auf seine Ersitzung berufen. Der Unterschied zeigt sich lediglich darin, daß dies im Legisaktionenprozeß durch Kontravindikation erfolgt, im Formularprozeß dagegen durch *exceptio iusti dominii*. Es wird *apud iudicem* entschieden, die Usukapion welcher Partei später vollendet wurde, wer also von ihnen als wirklicher Eigentümer anzusehen ist. Das Eigentum im altrömischen Recht ist folglich ein absolutes Recht, die Vindikation aber, wie auch die *Publiciana*, eine *actio in rem*.

Die Einführung der *Publiciana* kann mithin ihren Grund nicht im Übergang zum Formularverfahren haben und bei der Einführung des Schutzes des Ersitzungsbesitzers wurde eine Veränderung der Verfahrensart auch nicht in Erwägung gezogen.

3. Die wahren Gründe sind in den Umwandlungen im Bereich des materiellen Rechtes zu suchen. Wie erwähnt, ist die gestohlene Sache im alten Recht ersitzbar gewesen, deshalb konnte man in dieser Periode in der Person des Ersitzers noch nicht den wahrscheinlichen Eigentümer sehen, woraus sich ergibt, daß für den Besitzerwerber vor Ablauf der Ersitzungszeit kein dinglicher Schutz gewährt werden konnte. Von Grund auf verändert sich die Lage mit der Einführung der Unersitzbarkeit der *res furtivae*. Mit wenigen Ausnahmen kann nunmehr nur derjenige eine Sache ersitzen, der sie tatsächlich vom Eigentümer erworben hat, der also bereits vom Besitzerwerb an als wahrscheinlicher Eigentümer anzusehen ist, und für ihn somit der sachenrechtliche Schutz „bevorschußt“ werden kann.

Da aber das Verbot der Ersitzung von gestohlenen Sachen in der *lex Atinia* ausgesprochen wurde, müssen wir auch den Grund für die Einführung der *Publiciana* in diesem Gesetz erblicken. *Publicius* hat eigentlich in seinem Edikt nichts anderes getan, als die für ihn völlig plausiblen Konsequenzen des Verbotes gezogen. Verlegen wir den Zeitpunkt der Schaffung der *lex Atinia* in Übereinstimmung mit der allgemeinen Auffassung auf das Ende des 3.

⁸³ Kaser, EB S. 298ff.; Wubbe, Quelques remarques, RIDA 8 (1961) S. 438ff.; das nimmt zumindest in bezug auf die Hypothese des Erwerbs vom Nichteigentümer auch *Apathy* an, s. St. Sanfilippo I (1982) S. 34.

Jahrhunderts oder auf den Anfang des 2. Jahrhunderts, so scheint die Annahme begründet zu sein — und zwar gerade wegen der Evidenz der engen Beziehung zwischen den beiden Regelungen —, daß der *lex Atinia* in Kürze die Verordnung von Publicius folgte. Da aber deren Klageformel die Nachbildung der Vindikationsformel ist, setzt sie auch das Vorhandensein der *lex Aebutia* voraus. Es ist also nicht völlig unbegründet anzunehmen, daß zwischen der Verabscheidung der *lex Atinia* und der *lex Aebutia* keine so lange Zeit verstrichen ist, wie man dies allgemein glaubt.

4. In Zusammenfassung des Gesagten läßt sich feststellen, daß das ursprüngliche Motiv der Einführung der *Publiciana* nicht im Schutz der formlos Erwerbenden bestehen konnte. Die Weglassung der für die Übertragung vorgeschriebenen Form war nicht Grund, sondern Folge des publizianischen Schutzes. Doch konnte das rechtspolitische Ziel des Ediktes auch nicht im Schutz des Erwerbers *a non domino* liegen, da das Verbot der *lex Atinia* die vom Nichteigentümer erworbene Sache, mit wenigen Ausnahmen, unersitzbar machte. Daraus folgt aber, daß die *Publiciana* letztlich für die wirklichen Eigentümer, oder — angesichts der Tatsache, daß die zur Ersitzung nicht berechtigten Nichteigentümer von den ersteren *prima facie* nicht zu unterscheiden sind — aus praktischen Gründen für die „wahrscheinlichen Eigentümer“, bestimmt war. Gerade diese grundlegende Funktion der Klage betont m.E. auch Neratius im Schlußfragment des Digestentitels 6.2: „*Publiciana actio non ideo comparata est, ut res a domino auferatur ... sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est potius rem habeat*“.